Stellung des Bürgen bei Wahlrecht des Schuldners.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich Tieling,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Braut!

Inhalts-Übersicht.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1—6
§ 2.	Steht dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zu?	6—24
§ 3.	Hat der Bürge das Wahlrecht des Schuldners beim Wahlschuldverhältnis im Sinne des § 262 BGB.?	25—39
§ 4.	Schluß	39—42

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0033

Literatur-Verzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, herausgegeben von Schering, Berlin 1876.

Binder, Die Korrealobligation im römischen und heutigen Recht, Leipzig 1899.

Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von den Reichsgerichtsräten, Nürnberg u. Leipzig 1910.

Code civil von Füzier-Herman, Paris 1896.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1899.

— Pandekten, Berlin 1903.

Digesten, 46, l. 4, § 1 — 16, 2, 4. — 16, 2, 5.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlich. Rechts, Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht, Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 8, 27, 53, 60, 66.

Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1887.

Fastenau, Die Schuldtilgung bei Mehrheit von Forderungen des Gläubigers gegen denselben Schuldner, Leipzig 1903.

Fischer-Henle, Kommentar zum BGB., München 1900.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894.

Gierke, Schuld und Haftung, in Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 100, Breslau 1910.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870.

Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB., Rostock 1900.

Hess, Steht dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zu? In württembergischer Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Jahrgang 2, Stuttgart 1909.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, in Iherings Jahrbuch für Dogmatik, Band 48, Jena 1904.

Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrg. 7, herausgegeben von H. Neumann, Berlin 1909.

Juristische Wochenschrift, Jahrgang 33, Berlin 1904.

Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld, Strassburg 1902.

Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, in Iherings Jahrbuch, Band 41.

Levy, Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv vollstreckbaren Schuldtiteln, in Gruchot, Bd. 36.

Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des BGB. unter Vergleichung mit denjenigen des französischen Rechts, in Zeitschr. f. deutsches bürgerl. Recht und französisches Civilrecht Bd. 31.

Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrecht, in Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 17. Jahrgang, Berlin 1906.

Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1899 und 1900.

Motive zum Entwurf eines BGB.

Müller, Waldemar, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners, Diss. Rostock 1902.

Müller, Über die germanische Bürgschaft mit bes. Berücksichtigung auf das jütische Low, in Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I, Leipzig 1839.

Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, München 1904.

Niessen, Die Stellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache, in J. W. 1902.

Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden, im Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 82, Freiburg und Leipzig 1894.

— Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 und 1906.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, in Fischers Abhandl. zum Privatrecht und Civilprozeß, Bd. 13.

Planck, Kommentar zum BGB., Berlin 1907.

Pringsheim, Das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl, in Gruchot, Bd. 53, Berlin 1909.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Civilsachen, Bd. 8, 12, 16.

Reichel, Die Schuldmitübernahme, in Fischers Abhandl., Bd. 19, München 1909.

Riess, Die Zwangsvollstreckung einer Alternativ-Obligation mit Wahlrecht des Schuldners, in Gruchot, Bd. 48.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, in Gruchot, Bd. 28.

Seyffert, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Deutschen BGB., Leipzig 1905.

v. Schey, Das Regreßrecht bei Zahlung fremder Schulden nach dem österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Graz 1891.

Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, Halle 1877.

— Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.

Sievers, Bürgschaft u. Aufrechnung, im Recht, Jahrg. 1903.

Stammler, Einrede aus dem Recht eines Dritten, in Festgabe der Juristischen Fakultät in der Vereinigung Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Heinrich Dernburg, Halle 1900.

— Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB., München 1910.

Stobbe, Deutsches Privatrecht, Berlin 1898.

– Zur Geschichte des DeutschenVertragsrecht, Leipzig 1855.

Tacken, Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB., Naumburg a. S., 1904.

Unger, Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechts, in Grünhuts Zeitschr., Bd. 15.

Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, in preußischer Gesetzessammlung No. 31, S. 431.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, in rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Heft 33.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Frankfurt a. M. 1906.

§ 1.

Einleitung.

Die Bürgschaft ist ein Fall der Personalinterzession. Diese ergreift im Gegensatz zu den Realinterzessionen, bei denen die Haftung auf ein bestimmtes Objekt beschränkt wird, das gesamte (pfändbare) Vermögen des Interzedenten. M. a. W.: bei der Personalinterzession wird eine eigene persönliche Verpflichtung erzeugt, für deren Erfüllung der Interzedent mit Hab und Gut haftet. Das BGB. hat allgemeine Normen über Interzessionen nicht aufgestellt, hingegen für verschiedene einzelne Interzessionsarten gewisse materiell übereinstimmende Sonderbestimmungen erlassen[1]). Solche besondere Bestimmungen finden sich z. B. hinsichtlich der Bürgschaft.

Die Begriffsbestimmung der Bürgschaft gibt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 765:

„Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen."

Die Bürgenverpflichtung kommt aber nur dann zur Entstehung, wenn sie ausdrücklich übernommen

[1]) Vgl. hierzu Reichel, die Schuldmitübernahme, in Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß von O. Fischer, Bd. 19, S. 20/22.

ist. Und zwar erfolgt die Übernahme durch Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger. Doch Fälle der sogenannten gesetzlichen Bürgschaft kennt das BGB. auch. (Vgl. §§ 571, Abs. 2 und 1251, Abs. 2 BGB.[1]).

Als begrifflich notwendiges Merkmal der Bürgschaft verlangt das BGB. das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit, eine Voraussetzung, welche die Bürgschaft zu einem akzessorischen Recht macht. Dies hindert jedoch nicht, daß eine gültige Bürgschaft auch für eine zukünftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann. (Bezüglich der künftigen und bedingten Forderung vgl. § 765, Abs. 2 BGB.)

Das römische Recht kannte gleichfalls den Begriff der Bürgschaft und hat die Akzessorietät derselben bei der im justinianischen Recht nur noch übriggebliebenen fideiussio streng durchgeführt[2]). Von diesem Grundsatz ist auch das gemeine Recht nicht abgewichen.

Anders waren die Verhältnisse der Bürgschaft im deutschen Recht. Wohl kannte auch das älteste deutsche Recht den Begriff der Bürgschaft, indessen war dieser ein ganz eigenartiger. Der Bürge wird nämlich nicht Schuldner des Gläubigers, sondern übernimmt lediglich Haftung. Der Gläubiger hat gegen

---

[1]) Aus dem früheren Recht sei hier der § 32, Abs. 3 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 angeführt, wonach der Ehemann einer zum Vormund bestellten Frau für die vormundschaftliche Verwaltung als Bürge haftete. Vom BGB. ist dies nicht übernommen worden.

[2]) Die Bürgschaftsformen des älteren römischen Rechts waren sponsio u. fidepromissio, welche aber nur neben einer durch stipulatio begründeten Hauptschuld vorkommen konnten, während die fideiussio neben allen Arten von Schuldverhältnissen zulässig war.

ihn keine Forderung, kann sich aber an ihn halten, wenn der Schuldner das Verbürgte nicht leistet. Umgekehrt schuldet der Schuldner dem Gläubiger, ist ihm aber nicht haftbar. Denn verhaftet bleibt nur der Bürge[1]). Er ist also primär und allein haftbar. Erst allmählich wird diese Haftung des Bürgen insofern abgeschwächt, als auch der Schuldner haftbar gemacht wird, wenn auch erst in zweiter Linie. Später hat sich dann die Auffassung Geltung verschafft, daß der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner stets nur subsidiär haftet[2]). War demnach im deutschen Recht in ältester Zeit eine Bürgschaft auch ohne das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit möglich, so trat allmählich doch der akzessorische Charakter der Bürgschaft in den Vordergrund und das deutsche Recht bekannte sich schließlich zu dem heute auch vom BGB. vertretenen Standpunkt der Akzessorietät.

Ist nach dem Recht des BGB. das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit Voraussetzung für die gültige Entstehung eines Bürgschaftsvertrages, so ist der Umfang dieser Hauptverbindlichkeit maßgebend für die Verpflichtungen des Bürgen. § 767 BGB. bestimmt deshalb ausdrücklich, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit

---

[1]) Vgl. hierzu Gierke, Schuld und Haftung, S. 57/58.

[2]) Vgl. hierzu Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 109/110. Für die subsidiäre Haftung des Bürgen vgl. Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 124 bis 129. Nicht alle Rechte haben die subsidiäre Haftung des Bürgen aufgenommen, so insbesondere nicht das jütische Low, nach welchem der Bürge solidarisch mit dem Hauptschuldner haftete. Vgl. Müller, über die germanische Bürgschaft mit besonderer Berücksichtigung auf das jütische Low, S. 337 ff.

maßgebend ist, wobei noch besonders der Bürge in Satz 2 dieses Paragraphen vor einer Veränderung der Hauptschuld durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners und in Satz 3 vor einer Erweiterung der Hauptverbindlichkeit durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft geschützt wird. Dieser Schutz des Bürgen ist darum so wichtig, weil die Bürgschaft für sich allein vollkommen unselbständig ist und nur in Anlehnung an die Hauptverbindlichkeit und vollständig abhängig von dieser bestehen kann. Sie schöpft gewissermaßen aus dieser ihre ganze Lebenskraft, was eben, wie schon oben dargelegt, seinen Grund in der akzessorischen Natur der Bürgenverpflichtung hat.

Einen weiteren Schutz hat das BGB. dem Bürgen in den §§ 768 und 770 gegeben, durch welche einmal der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen und ferner die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, so lange der Hauptschuldner das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anfechten bezw. der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann[1]). Bezüglich anderer dem akzessorisch Verpflichteten gegen den akzessorisch Berechtigten zustehenden Einwendungen z. B. ob aus einem dem Schuldner zustehenden Wandlungs- oder Minderungsanspruch der Bürge ein Leistungsweigerungsrecht ableiten könne, hat das Gesetz keine aus-

[1]) Das bisherige Recht war sogar noch einen Schritt weiter gegangen. Denn der Bürge war befugt, eine Forderung, welche der Hanptschuldner gegen seinen Gläubiger hatte, diesem gegenüber aufzurechnen. Vgl. hierzu l. 4., l. 5. D. 16, 2. ALR. I, 16, § 328. Code civil Art. 1294.

drückliche Bestimmung getroffen. Indessen haben sich Praxis und Literatur mit jener Frage hinreichend beschäftigt. So gibt das Reichsgericht[1]) dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Schuldner zur Wandlung, Dernburg[2]), wenn dieser zur Minderung berechtigt ist, und Friedenthal[3]) sowohl beim Wandlungs- wie Minderungsanspruch des Schuldners. Anderer Ansicht ist Nissen[4]), welcher unter der Befugnis zu Wandeln oder zu Mindern ausschließlich eine der Kaufpreisklage entgegenzusetzende Einrede sieht, die nach ihrem Entstehungsgrunde und mit Rücksicht auf ihre Wirkungen nur dem Käufer, nicht dem Bürgen zustehen könne.

Man sieht also, daß die Meinungen hinsichtlich des Umfanges der Bürgschaftsverpflichtung nach dem Recht des BGB. sehr geteilt und kaum geeignet sind, die Lücke im Gesetz zu überbrücken. Eine ähnliche Lücke findet sich m. E. auch im Gesetz, wenn es sich um die Frage handelt, ob dem Bürgen das Wahlrecht des Schuldners d. h. die Rechte aus § 366 bezw. § 262 BGB. zustehen. Auf diese Frage gibt das Gesetz keine Antwort, da eine präzise gesetzliche Bestimmung überhaupt fehlt. Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung ist es nun, diese Fragen des näheren zu untersuchen und zunächst zu prüfen, ob

---

[1]) Vgl. E. d. R.-G. in Civils., Bd. 66, 334.

[2]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, II, 2, § 287.

[3]) Vgl. Friedenthal, Wandlung und Minderung seitens des Bürgen in J. W. 1908, S. 132.

[4]) Vgl. Nissen, Die Rechtstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache in J. W. 1902, S. 460. Vgl. ferner zu dieser Frage noch: Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten.

dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zusteht. In zweiter Reihe soll sodann in Betracht gezogen werden, ob der Bürge das Wahlrecht des § 262 BGB. mit rechtlicher Wirkung wie der Hauptschuldner ausüben kann.

§ 2.

Steht dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zu?

Was unter Bestimmungsrecht zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. § 366 BGB. lautet:

„Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleichsicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt."

In Abs. 1 wird also dem Schuldner ganz allgemein das Bestimmungsrecht zugesprochen, falls er dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das Geleistete zur Tilgung sämtlicher Schulden nicht aus-

reicht[1]). Abs. 2 stellt dagegen eine gesetzliche Anrechnungsweise für den Fall auf, daß vom Schuldner keine Bestimmung bei der Zahlung getroffen wird. Trifft demnach der Schuldner bei seiner Leistung eine Bestimmung[2]), auf welche von den mehreren Forderungen des Gläubigers er seine Zahlung angerechnet wissen wolle, so wirkt dies absolut. Der Gläubiger kann der Bestimmung des Schuldners, obligationsmäßiges Angebot der Leistung vorausgesetzt, nicht widersprechen, sondern hat nur die Möglichkeit, die ganze Leistung abzulehnen, kommt dann aber gemäß § 293 BGB. in Annahmeverzug[3]). Selbst wenn Gläubiger und Schuldner ein Übereinkommen über die Anrechnung der Leistung getroffen haben, so ist, was allerdings bestritten, doch der Gläubiger nicht berechtigt, die schuldnerische Leistung auf die vereinbarte Schuld anzurechnen, falls der Schuldner eine der Vereinbarung widersprechende Bestimmung trifft. Diese Ansicht vertreten m. E. mit Recht u. A. Planck und Staudinger[4]). Man geht eben davon aus, daß

[1]) Im übrigen greift die Bestimmung des § 366 auch dann Platz, wenn aus ein und demselben Schuldverhältnis mehrere Leistungen geschuldet werden. Vgl. Planck, Kommentar zum BGB., § 366, Anm. 1.

[2]) Bemerkt sei hier, daß die für maßgebend erklärte Bestimmung vom Schuldner sowohl ausdrücklich wie stillschweigend getroffen werden kann. Vgl. Rechtsprechung d. OLG., Bd. 8, S. 45 und E. d. R.-G. v. 8. 12. 03 in J. W. 1904, S. 58, Nr. 14.

[3]) Vgl. hierzu Mot. zum Entwurf eines BGB., Bd. 2, S. 86 und Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 366 Anm. 2.

[4]) Vgl. Planck a. a. O., § 366, Note 2 und Staudinger, Kommentar zum BGB., II, Abt. 1, zu § 366 Bem. 2, welche den vertragswidrig bestimmenden Schuldner nur schadensersatzpflichtig machen.

das Zahlungsangebot und dessen Bedeutung ausschließlich vom Schuldner abhänge, die Erfüllungshandlung sich nur auf die von ihm bestimmte Schuld beziehe und durch die vom Schuldner eingegangene vertragliche Verpflichtung in ihrem Wesen nicht verändert werde[1]). Anderer Ansicht sind die Motive zum BGB. und das Reichsgericht, wonach eine vertragliche Verpflichtung das einseitige Bestimmungsrecht des Schuldners ausschließt[2]). Gerade die Bestimmung des § 366 Abs. 1 BGB. veranlaßt Schollmeyer[3]) zu dem Schluß, daß die Zahlung kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, denn mit der Vertragstheorie stehe diese Bestimmung des Gesetzes im Widerspruch. Als Beleg führt Schollmeyer Endemann[4]) an, meines Erachtens aber zu Unrecht. Denn Endemann leugnet absolut nicht die Vertragsnatur der Zahlung, sondern sieht in dem Bestimmungsrecht des § 366 BGB. nur eine praktische Ausnahme von der theoretischen Auffassung der Zahlung als Vertrag. Meines Erachtens ist weder Schollmeyer noch Endemann zuzustimmen, da eine Zahlung auch im Falle des § 366 BGB. nicht ihre Vertragsnatur verliert. Denn eine Erfüllung durch Zahlung kann gültig nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zu Stande kommen[5]). Hat nun der Gläubiger die ihm vom

---

[1]) Vgl. Entsch. d. R.-G., Bd. 66, S. 54.

[2]) Vgl. Motive zum BGB., II, S. 86 u. Entsch. d. R.-G., Bd. 66, S. 58.

[3]) Vgl. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältn., § 366, Anm. 1.

[4]) Vgl. Endemann, Lehrb. d. B. R., I, § 141, Anm. 45.

[5]) Vgl. Planck a. a. O. § 362, Anm. 2c.

Schuldner angebotene Leistung (Zahlung, um diese wird es sich wohl in den meisten Fällen handeln) auch wirklich als Erfüllung angenommen, so setzt jetzt erst, den Fall des § 366 Abs. 1 BGB. vorausgesetzt, das Bestimmungsrecht des Schuldners ein, der einseitig zu bestimmen hat, auf welche der mehreren Forderungen er seine als Erfüllung angenommene Leistung angerechnet wissen wolle[1]). Das Bestimmungsrecht steht eben allein dem Schuldner zu, es entspringt gewissermaßen aus dem innersten Kern der ihn zur Leistung verpflichtenden Obligation und ist in seiner Bedeutung nur von dem Willen des Schuldners abhängig.

Nachdem jetzt das Wesen des Bestimmungsrechtes aus § 366 BGB. erörtert worden ist, kommen wir nun zu der weiteren Frage, ob dieses Recht auch dem Bürgen zustehe.

Wie aus der Begriffsbestimmung des § 765 BGB. erhellt, versteht man unter einem Bürgen denjenigen, der sich verpflichtet hat, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen. Der Bürge verspricht dem Gläubiger die Zahlung der geschuldeten Leistung für den Fall, daß der Schuldner sie nicht

---

[1]) Vgl. hierzu Planck a. a. O. § 366, Anm. 2, S. 219, der auch in dem Bestimmungsrecht ein einseitiges Rechtsgeschäft sieht. A. M. Windscheid, Pand., Bd. 2, § 343, S. 431, der davon ausgeht, ebenso wie ein Konsens darüber erforderlich sei, daß das Gegebene und Empfangene zum Zwecke der Tilgung eines Forderungsrechtes und nicht zu einem anderen Zweck dienen solle, ebenso sei ein Konsens darüber erforderlich, welches Forderungsrecht durch die Leistung des Schuldners getilgt werden solle.

ordnungsmäßig erfüllt[1]). Der Bürge übernimmt die Haftung für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten, also für eine ihm vollständig fremde Schuld. Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft einmal von der Garantieübernahme[2]), ferner von der Gesamtschuld des BGB., bei der jeder Schuldner für seine eigene Schuld haftet[3]). Indessen ist die Schuld des Bürgen nur materiell eine fremde, formell ist sie seine eigene[4]). Denn durch die nach BGB. (§ 766) schriftlich zu erteilende Bürgschaftserklärung verpflichtet sich

---

[1]) Vgl. Rechtspr. d. OLG., Bd. 12, S. 98 und erster Entwurf zum BGB., § 668: „Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweite Erfüllung derselben unterbleibt."

[2]) R.-G. 60, S. 371: „Derjenige, der die Gewährleistung zusichert, übernimmt damit nicht, wie im Falle der Bürgschaft nach § 765 BGB. eine fremde Schuld, vielmehr eine eigene, sich aus dem Veräußerungsgeschäft ergebende Verbindlichkeit."

[3]) Die fideiussio des römischen Rechts hat man früher als korreal mit der Hauptschuld bezeichnet und infolgedessen auch die für die fideiussio geltenden Rechtsnormen auf die Korrealobligationen schlechthin angewandt. Erst in neuerer Zeit hat man sich eingehender mit dieser Frage beschäftigt und die Korrealität der fideiussio mit der Hauptschuld mehrfach verneint. Vgl. Binder, Die Korrealobligation, S. 131 u. 132 und die dort angeführten Belegstellen.

[4]) Vgl. Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden, S. 376/77. v. Schey, Das Regreßrecht bei Zahlung fremder Schulden, S. 10. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, S. 14/15. Unger, Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechts, S. 530 ff. in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 15: „Bürgen zahlen nicht eine fremde, sondern eine (formell) eigene Schuld." Hasenbalg, Bürgschaft, S. 346: „Der Bürge schuldet selbst in der Hülle einer eigenen Verpflichtung immer noch die fremde Schuld", und S. 89: „Der Kern der Bürgschaft ist und bleibt ein fremdes Schulden."

der Bürge dem Gläubiger gegenüber, für den Dritten zu haften und gegebenen Falls für den Dritten zu leisten (nämlich, wenn dieser nicht leisten kann oder will). Nimmt nun der Gläubiger den Bürgen wirklich in Anspruch und muß dieser leisten, so tilgt er mit der Leistung normalerweise wie jeder Schuldner[1]) seine eigene Verbindlichkeit, nämlich diejenige, deren Leistung der Gläubiger kraft des zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Schuldverhältnisses, des Bürgschaftsvertrages, zu fordern berechtigt ist (§ 243 BGB.)[2]). Schuldner ist der Bürge ebenso gut wie der Hauptschuldner. Das BGB. faßt auch m. E. die Stellung des Bürgen als echte Schuldnerstellung auf und nicht, wie namentlich Isay in Iherings Jahrbüchern 48, 194 ff., 205 behauptet, als die Stellung eines nur Haftenden. („Der Bürge ist nicht Subjekt des Schuldverhältnisses, er ist lediglich Subjekt des Haftungsverhältnisses, er schuldet nicht, sondern haftet nur." Vgl. Isay a. a. O. S. 194.) Denn im BGB. finden sich einmal die Bestimmungen über die Bürgschaft unter den Schuldverhältnissen. § 765 spricht von einer Verpflichtung des Bürgen, ebenso § 767. Allein dies sind nur Äußerlichkeiten, welche für die Annahme der Schuldnerstellung des Bürgen zu verwerten sind. Indessen sprechen auch tieferliegende Gründe dafür. Angenommen, so führt

[1]) Vgl. Kremer, Mitbürgschaft, S. 18, Anm. 3: „Wie jeder Schuldner tilgt vielmehr auch der Bürge normalerweise nur seine eigene, nicht die fremde Schuld des Hauptschuldners."

[2]) Der Bürge tritt zwar ein für eine fremde Schuld, verspricht sie gegebenen Falls zu zahlen; aber nachdem er sich einmal verpflichtet, hat er eine eigene Schuld auf sich genommen und sie will er in der Zahlung zunächst begleichen. Vgl. Oertmann a. a. O., S. 376.

Reichel a. a. O. Seite 73 aus, der Bürge wäre nicht Selbstschuldner, d. h. Schuldner einer eigenen Verbindlichkeit, so könnten auf ihn die Vorschriften „über die Verpflichtung zur Leistung", wie sie die §§ 241 ff. BGB. aufstellen, keine Geltung besitzen. Und doch leugne niemand, daß dies der Fall sei. Verwiesen wird dabei auf § 266 (Teilleistung), §§ 267, 268 (Intervention eines Dritten), §§ 269, 270 (Erfüllungsort), §§ 270—272 (Erfüllungszeit), §§ 273, 274 (Zurückbehaltungsrecht), §§ 284—292 (Verzug). Schließlich betont Reichel noch, daß, wenn der Bürge nicht Schuldner wäre, weder von Nachbürgschaft, noch von Pfandbestellung für seine „Schuld" die Rede sein könnte.

Der Bürge ist also Schuldner im Sinne der §§ 241 ff. BGB. Seine Stellung als Schuldner unterscheidet sich nur insofern von der des Hauptschuldners, als der Bürge eben akzessorischer Schuldner ist, was aber seine Eigenschaft als Schuldner nicht im mindesten berührt[1]).

Auch der Zweck der Bürgschaft spricht für die Schuldnereigenschaft des Bürgen. Denn Zweck der Bürgschaft ist wie der Verpfändung einer Sache die Sicherung einer Forderung. Dies wird bei der Verpfändung einer beweglichen Sache dadurch erreicht, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung für seine Forderung aus der Sache selbst zu suchen. Bei der Bürgschaft hingegen wird der Sicherungszweck in der Weise verwirklicht, daß der Gläubiger neben dem Hauptschuldner noch einen zweiten Schuldner erhält,

[1]) Vgl. Binder a. a. O., S. 138, D. 46, l. 4. § 1. Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes, S. 46/47.

an den er sich halten kann, falls der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt[1]). Ist somit der Bürge Schuldner im Sinne des § 241 BGB., so findet § 366 BGB. direkt auf ihn Anwendung, und demgemäß ist der Bürge befugt, das Bestimmungsrecht in gleicher Weise auszuüben wie der Schuldner, mit anderen Worten, der Bürge macht das Bestimmungsrecht aus eigenem Recht geltend, er leitet es nicht etwa aus dem Recht des Hauptschuldners ab.

Doch selbst wenn man dem Bürgen das Bestimmungsrecht deshalb absprechen wollte, weil er nicht als Schuldner im Sinne von § 366 BGB. anzusehen sei, so müßte man ihm diese Berechtigung aus einem anderen Grunde zugestehen.

Nach § 267 BGB. kann auch ein Dritter die Leistung bewirken, falls der Schuldner nicht in Person zu leisten hat[2]). Mit Schollmeyer ist der Begriff des Dritten dahin zu fassen, daß derselbe eine noch nicht in der zu tilgenden Obligation befangene Person sein müsse, d. h. daß er an dem Schuldverhältnis als Schuldner nicht beteiligt sein und in eigenem Namen, aber nur mit Beziehung auf eine fremde Schuld die Erfüllung der letzteren vornehmen dürfe[3]). Voraussetzung für

---

[1]) Vgl. Staudinger a. a. O., II, § 765, Anm. 3 und Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 2, S. 1079: „Bei der Bürgschaft wird dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben, an den er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird."

[2]) Auf die Person des Schuldners kommt es z. B. an beim Dienstvertrage (§ 613 BGB.) oder beim Auftrage (§ 664 BGB).

[3]) Vgl. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, S. 14/15 und Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, § 267, Anm. 2.

§ 267 BGB. ist also, daß der Dritte nicht zahlt, um sich selbst (als Bürge, Mitschuldner) zu befreien; denn dann ist er nicht unbeteiligt und die Schuld ist keine fremde[1]). Die Vorschriften des § 366 BGB. finden aber auch entsprechende Anwendung, wenn ein Dritter im Sinne des § 267 BGB. den Gläubiger befriedigt. Das ist anerkannten Rechtes[2]). Der Bürge kann nun gleichfalls als „Dritter" den Gläubiger des Hauptschuldners befriedigen. Dann wird durch die Leistung des Bürgen die Hauptverbindlichkeit getilgt, und es treten nicht die Folgen des § 774 BGB. ein, da ja der Bürge nicht auf Grund seiner Bürgenverpflichtung leistet[3]). Liegen jetzt die Voraussetzungen des § 366 Abs. 1 BGB. vor, so hat der Bürge als zahlender Dritter, der doch eine materiell und formell fremde Schuld[4]) berichtigt, das Bestimmungsrecht. Um wievielmehr muß daher dieses Recht dem Bürgen dann zustehen, wenn er in Erfüllung seiner Bürgschaftsverpflichtung seiner eigenen Verbindlichkeit nachkommt[5]).

---

[1]) Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 479, Anm. 4.

[2]) Vgl. hierzu Planck a. a. O., Bd. 2, § 366, Anm. 5. Fischer-Henle, Kommentar zum BGB., § 366, Anm. 2. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, § 366, Anm. 5. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 366, Anm. 5. Fastenau, Die Schuldtilgung bei Mehrheit von Forderungen des Gläubigers gegenüber demselben Schuldner, S. 41/42.

[3]) Denn leistet der Bürge in seiner Eigenschaft als Bürge, so tritt durch seine Zahlung nicht Liberierung des Schuldners ein. Dieser wechselt nur den Gläubiger. Die Zahlung bedeutet nicht Tilgung, sondern Einlösung der Forderung durch den Bürgen (Zahler). Vgl. v. Schey, a. a. O., S. 15.

[4]) Vgl. v. Schey a. a. O., S. 10.

[5]) Vgl. Hess, Steht dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zu? und Pringsheim, Das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl in Gruchot 53, S. 13 ff.

Zusammenfassend sei also hier festgestellt, daß dem Bürgen das Bestimmungsrecht aus § 366 BGB. in gleicher Weise zusteht wie dem Schuldner, und zwar aus eigenem Recht.

Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Literatur vertreten, welche später noch Erwähnung finden wird. Die Praxis hat sich meines Wissens nur in einer bis jetzt veröffentlichten Entscheidung mit dieser Frage beschäftigt und sich damit in Gegensatz zu der von der Wissenschaft vertretenen Ansicht gesetzt. Das Erkenntnis findet sich abgedruckt in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 16, S. 373/374 (Urteil des OLG. Stuttgart vom 13. März 1908) und lautet:

„Dem Beklagten, der sich dem Kläger gegenüber für alle Ansprüche desselben gegen C verbürgt hat, steht nicht das Recht zu, bei der Leistung einer Zahlung zu bestimmen, auf welche diese Schuld erfolge."

Die Entscheidung ist wie folgt begründet:

„Eine gesetzliche Vorschrift, aus der sich das Recht des Bürgen (gewöhnlichen oder Selbstschuldner-Bürgen) bei Verbürgung für mehrere Schulden des Hauptschuldners nach § 366 Abs. 1 in gleicher Weise wie der Hauptschuldner Bestimmung zu treffen, ergeben würde, besteht nicht. Zwar kann der Bürge, vorbehaltlich der besonderen Regelung, die der § 770 für die Anfechtung des der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes und für die Aufrechnung vorsieht, nach § 768 die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Allein eine Einrede, d. h. eine gegen das Zurechtbestehen des An-

spruchs sich richtende Einwendung, ist die Berufung auf das erst im Zeitpunkt der Erfüllung eingreifende Bestimmungsrecht des § 366, 1 nicht. Der analogen Anwendung dieser Vorschrift stehen grundsätzlich Bedenken entgegen. Ein solches ergibt sich schon aus dem Wesen des Bürgschaftsvertrages. Dieser dient in erster Linie dem Vorteil des Gläubigers; dessen Sicherung könnte, wenn der Bürge nach seinem Belieben die Schuld, die er bezahlen will, bestimmen würde, erheblich beeinträchtigt und damit der Zweck der Bürgschaft vereitelt werden. Bei einem Widerstreit der Interessen des Bürgen und Gläubigers muß daher jedenfalls insoweit, als nicht ein gegenteiliger Gesetzeswille erkennbar ist, das Gläubigerinteresse den Ausschlag geben. Außerdem können Verwickelungen dadurch entstehen, daß Bürge und Hauptschuldner bezüglich derselben Zahlung verschiedene Bestimmungen träfen. Denn durch das vom Hauptschuldner abgeleitete Bestimmungsrecht des Bürgen wäre das gleiche Recht des ersteren nicht ohne weiteres beseitigt, und in das durch das Gesetz dem Schuldner verliehene Bestimmungsrecht darf der Bürge nicht eingreifen, was die Einräumung desselben Rechtes an den Bürgen zur Folge haben würde. Das Bestimmungsrecht aus § 366, 1 folgt auch nicht aus der selbstschuldnerischen Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten (Bürgen), denn diese schließt zwar die Einrede der Vorausklage aus, hebt aber den akzessorischen Charakter der Bürgschaft nicht auf. Der Umstand endlich, daß das Bestimmungsrecht nach herrschender Ansicht auch dem die geschuldete Leistung bewirkenden Dritten zukommt, ist vorliegend deshalb ohne Be-

deutung, weil der Beklagte (Bürge) die Zahlung nicht als Dritter im Sinne des § 267, sondern in Erfüllung seiner Bürgschaftspflichtung gemacht hat."

Gegen diese Entscheidung, die m. E. als zutreffend nicht anerkannt werden kann, haben sich hauptsächlich Hess und Pringsheim[1]) gewandt. Sie stehen beide auf dem Standpunkte, daß dem Bürgen das Bestimmungsrecht aus § 366 BGB. in gleicher Weise zustehe wie dem Hauptschuldner und zwar aus eigenem Recht mit der Begründung, der Bürge sei gleichfalls Schuldner im Sinne von § 366 BGB. und, falls er zahlen müsse, sei seine Zahlung eine Tilgung seiner Schuld. Pringsheim[2]) führt ferner zur Bekräftigung seiner Ansicht aus, ebensowenig wie man den Gesamtschuldner, der aus mehreren Verpflichtungen schuldet, Bestimmung seiner Zahlung nicht verweigern könne, ebensowenig könne man dies beim Bürgen, denn Bürgschaftsschuld sei eine Art von Gesamtschuld.

Dieser Argumentation möchte ich mich keineswegs anschließen, da m. E. die Bürgschaft von der Gesamtschuld doch wesentlich verschieden ist. Man hat zwar die Bürgschaft als dasjenige passive, akzessorische Gesamtschuldverhältnis bezeichnet, bei dem zu einer bestehenden Obligation eine zwar auf einem selbständigen Verpflichtungsgrunde beruhende, aber doch von der bestehenden Obligation abhängige Nebenobligation eines anderen hinzutrete[3]). Auch Dern-

[1]) Vgl. Anm. 5, S. 14.

[2]) a. a. O., S. 15.

[3]) Vgl. Schollmeyer, Komment. z. BGB., Bd. 2, S. 416, Nr. 3.

burg[1]) zählt zu den Gesamtschulden „im weiteren Sinne“ die Bürgschaft, bei welcher man sich dem Gläubiger gegenüber als bloßer Nebenschuldner (Bürge) für die Erfüllung einer Hauptschuld verbindet. Herms[2]) geht sogar noch einen Schritt weiter, indem er die Bürgschaft als den Fall eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne des § 421 BGB. bezeichnet. Der gleichen Ansicht ist Seyfferth, der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, S. 34/35, der aber m. E. von der falschen Voraussetzung ausgeht, daß Hauptschuldner und Bürge von vornherein dieselbe Leistung schulden. Die Verbindlichkeit des Bürgen besteht im Einstehen dafür, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erfüllt. Nur wird das Einstehen dadurch verwirklicht, daß der Bürge, sobald er in Anspruch genommen wird, die eigentlich vom Hauptschuldner zu bewirkende Leistung bewirkt. Deswegen schuldet der Bürge noch lange nicht dasselbe wie der Hauptschuldner. Wenn der Bürge leistet, so erfüllt er seine eigene Verbindlichkeit, er leistet nicht, um die Hauptschuld zu erfüllen, sondern um seine Gutsage einzulösen (vgl. Reichel a. a. O. S. 76). Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ist von der des Bürgen vollkommen verschieden, und zwar schon aus dem Grunde, weil die Bürgenverbindlichkeit eine akzessorische ist (vgl. Dernburg, Pandekten, § 76, S. 209, Anm. 4 u. 6). Voraussetzung für den Gesamtschuldscharakter der Bürgschaft wäre, daß

[1]) Vgl. Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, Abt. 1, § 160, IV, 3.

[2]) Vgl. Herms, Bürgschaft, S. 18.

Hauptschuldner und Bürge von vornherein die gleiche Leistung schuldeten. Das ist aber nicht der Fall. Würde die Bürgschaft in Wirklichkeit mit der Hauptschuld ein Gesamtschuldverhältnis darstellen, dann müßten die allgemeinen Vorschriften über die Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB.) auch auf die Bürgschaft Anwendung finden. Dem ist aber nicht so, denn in den für die Bürgschaft maßgebenden Gesetzesbestimmungen des BGB. (§§ 765 ff.) ist ausdrücklich nur zweimal auf die Vorschriften über die Gesamtschuld Bezug genommen und zwar in den §§ 769 und 774 BGB. Dort handelt es sich aber nur um das Verhältnis der Mitbürgen, das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner wird nicht berührt. Gerade die Bestimmungen des § 769 BGB., mehrere Mitbürgen haften untereinander als Gesamtschuldner, beweist, wie Reichel a. a. O. S. 78 so überzeugend darlegt, daß Bürge und Hauptschuldner nicht im Verhältnis von Gesamtschuldnern stehen können. Würde schon ein einzelner Bürge mit dem Hauptschuldner als Gesamtschuldner haften, dann würde jeder weitere Bürge ohne weiteres gleichfalls mit dem Hauptschuldner und folgeweise auch mit dessen Bürgen als weiterer Gesamtschuldner haften. Die Bestimmung des § 769 wäre in diesem Falle vollständig überflüssig, wenn nicht sinnlos. Außerdem haben nach der Begriffsbestimmung des § 421 BGB. beim Gesamtschuldverhältnisse die sämtlichen Schuldner die ganze Leistung zu bewirken, der Gläubiger kann sie aber nur einmal fordern. Es schulden also sämtliche Schuldner von vornherein die gleiche Leistung. Ganz anders ist dies, wie schon kurz erwähnt, bei der Bürgschaft.

Hier hat sich wohl der fideiussor mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners belastet, nicht aber umgekehrt dieser mit der Verbindlichkeit, die eben aus der eingegangenen fideiussio dem fideiussor obliegt[1]). Ferner ist, wie Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 383, mit Recht betont, der Regreß unter Gesamtschuldnern nicht so bedingungslos gestaltet wie zwischen Bürgen und Hauptschuldner. Auf den leistenden Gesamtschuldner geht die Forderung des Gläubigers nur über, „soweit er von den übrigen Schuldnern Ausgleich verlangen kann". Auch der Unterschied der Beweislast, die beim Gesamtschuldverhältnisse dem befriedigenden Gesamtschuldner, bei der Bürgschaft dem Hauptschuldner (§ 774, Satz 3) obliegt, zeigt „den verschärften Einfluß des internen Verhältnisses bei dem Regreß des Gesamtschuldners gegenüber dem des Bürgen". Auch Markus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrecht nach BGB., sieht in der Bürgschaftsschuld eine Schuld, die neben der des Hauptschuldners steht, und keine Gesamtschuld im Sinne von § 421 ff. BGB. Die Schuld des Bürgen lehne sich an den primären Leistungsinhalt der Hauptobligation an, decke sich aber nicht damit. Die gleiche Anschauung, daß das Gesetz den Hauptschuldner und den Bürgen nicht als Gesamtschuldner ansehe, auch dann nicht, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet habe, vertritt Sievers

[1]) Vgl. Hasenbalg, Bürgschaft, S. 90, und Geib, Bürgschaft, S. 10: Der Bürge muß das, was der Hauptschuldner dem Gläubiger schuldet, niemals selbständig als zweiter Hauptschuldner, sondern immer nur akzessorisch als Garant des Hauptschuldners leisten.

in Bürgschaft und Aufrechnung im Recht 1903, S. 249 ff.[1]).

Das BGB. sieht also den Bürgen nicht als den Gesamtschuldner des Hauptschuldners an. Auch Konkursordnung und Handelsgesetzbuch stehen auf diesem Standpunkte. Die Belegstellen hierfür sind die Paragraphen 193 KO. und 356 HGB. In § 193 KO. ist ausdrücklich von Bürgen und Mitschuldnern die Rede, und in § 356 HGB. werden Bürgenschuld und Gesamtschuld gleichfalls ausdrücklich nebeneinander gestellt (vgl. Reichel a. a. O. S. 78).

Ebenso leugnet das Reichsgericht (E. d. R.-G., Bd. 53, S. 404) den Gesamtschuldscharakter der Bürgschaft. Somit ist m. E. Pringsheim nicht beizupflichten, der den Bürgen auch deshalb das Bestimmungsrecht aus § 366 BGB. zuspricht, weil die Bürgschaft eine Art der Gesamtschuld sei und dem Gesamtschuldner jenes Bestimmungsrecht zustehe. Allein ausschlaggebend ist, wie schon oben betont, der Umstand, daß der Bürge gleichfalls Schuldner im Sinne von § 366 BGB. ist und daß ihm deswegen das Bestimmungsrecht aus eigenem Recht zusteht. Von einer „analogen" Anwendung des § 366 BGB., wie sie das OLG. in der oben angezogenen Entscheidung in Betracht zieht, kann gar keine Rede sein. Andererseits ist nicht abzusehen, warum das OLG. eine analoge Anwendung des § 366 BGB. auf den Bürgen mit dem

[1]) Vgl. zu dieser Frage noch Tacken, Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB., S. 6: „Die Bürgenobligation ist eine Nebenverpflichtung, mithin eine von der Hauptschuld verschiedene Verpflichtung, bildet also mit dieser keine Gesamtschuld."

Wesen der Bürgschaft für unvereinbar hält. Durch Ausübung des Bestimmungsrechtes durch den Bürgen wird das Wesen der Bürgschaft m. E. garnicht berührt. Allerdings dient die Bürgschaft nicht nur in „erster Linie", wie das OLG. behauptet, sondern überhaupt dem Vorteil, der Sicherung, des Gläubigers[1]). Das Gläubigerinteresse wird aber nicht im mindesten dadurch beeinträchtigt, daß der Bürge nach seiner Wahl bestimmen darf, auf welche Schuld er seine Leistung angerechnet wissen will. Denn laut gesetzlicher Vorschrift muß sich ja der Gläubiger, falls der Hauptschuldner in Person leistet, die Bestimmung der Anrechnungsweise auch gefallen lassen. Wird da sein Interesse nicht beeinträchtigt, warum sollte dies dann der Fall sein, wenn der Bürge leistet, der doch nur durch seine Leistung den Zweck der Bürgschaft, die Sicherung des Gläubigers, verwirklicht. Ferner ist gesetzlich nirgends bestimmt, daß der Bürge als zweiter Schuldner schlechter gestellt sein solle, als der Hauptschuldner, was sich überdies mit dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft garnicht vereinbaren ließe[2]). Wenn außerdem das OLG. Verwicklungen deshalb befürchtet, weil Bürge und Hauptschuldner bezüglich derselben Zahlung verschiedene Bestimmungen treffen könnten, so sei auch hier hervorgehoben, daß der Bürge aus eigenem Recht das Bestimmungsrecht geltend macht. Nur der befriedigende Bürge ist der Schuldner und hat das Bestimmungsrecht, dem Hauptschuldner steht dies Recht nicht zu, er wäre ja sonst

[1]) Vgl. Mot. zum Entwurf eines BGB., Bd. 2, § 679 und Sievers a. a. O., S. 249 ff.

[2]) Vgl. Hess a. a. O.

in der Lage, das Recht des Bürgen auf den Übergang der Forderung zu verkümmern[1]). Warum hat das OLG. jene Bedenken nicht, wenn ein Dritter im Sinne des § 267 BGB. leistet und das Bestimmungsrecht ausübt, das ihm anerkanntermaßen zusteht? Wären da keine Verwicklungen möglich?

Andere Entscheidungen bezüglich dieser Frage sind meines Wissens bis jetzt noch nicht veröffentlicht. Die Literatur, soweit sie zu dieser Frage Stellung genommen, hat durchweg dem Bürgen das Bestimmungsrecht aus § 366 BGB. zugesprochen. So, abgesehen von Pringsheim und Hess, Staudinger a. a. O. § 770, Anm. 3 und das von den Reichsgerichtsräten herausgegebene Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, § 768, Anm. 1 a. E. (Reichsgerichtskommentar). Letzterer betont ausdrücklich, daß sich das Bestimmungsrecht des Bürgen nicht etwa aus dem Rechte des Hauptschuldners, sondern aus dem Bürgenrecht selbst heraus ergibt. Auch Neumann beschäftigt sich im Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrg. 7, S. 301, Vorbemerkung, mit der Frage des dem Bürgen zustehenden Bestimmungsrechtes aus § 366 BGB. Er ist der Ansicht, daß, soweit das Bestimmungsrecht des Bürgen aus eigener Person in Betracht komme, dies zuvor von der Beantwortung der Vorfrage abhänge, ob durch eine Bürgschaftsübernahme für mehrere Verbindlichkeiten überhaupt eine Mehrheit von Schuldverhältnissen zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger zustandekomme.

---

[1]) Vgl. Hess a. a. O.

Nach dem oben ausgeführten kann es auf die Beantwortung einer derartigen Vorfrage m. E. überhaupt nicht ankommen. Denn für die Entscheidung der Frage, ob auf den Bürgen der § 366 BGB. unmittelbar Anwendung findet oder nicht, ist doch nur maßgebend, ob der Bürge als Schuldner im Sinne von § 366 anzusehen ist oder nicht. Und nur weil ihm diese Stellung, wie oben dargelegt, zuzusprechen ist, steht ihm das Bestimmungsrecht aus eigenem Rechte zu. Andererseits entsteht durch eine Bürgschaftsübernahme für mehrere Verbindlichkeiten m. E. überhaupt keine Mehrheit von Schuldverhältnissen zwischen Bürgen und Gläubiger. Maßgebend für die zwischen dem Bürgen und Gläubiger bestehende Obligation ist der Bürgschaftsvertrag, der in jedem Fall ein einheitliches, einziges Schuldverhältnis darstellt, mag dies auch mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zur Grundlage haben. Hat man gar den Fall im Auge, daß der Bürge für mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, die aus ein und demselben Schuldverhältnis entsprungen sind, haftet (denn auch für diesen Fall kommt § 366 BGB. zur Anwendung, vgl. Anm. 1 S. 7), so kann die von Neumann angeregte Vorfrage erst recht nicht von Bedeutung sein, denn in diesem Fall würde es sich um ein einziges Schuldverhältnis handeln, das zu mehreren Leistungen verpflichtet, und die Bürgschaftsverpflichtung wäre nur für dieses einheitliche Schuldverhältnis übernommen.

§ 3.

Hat der Bürge das Wahlrecht des Schuldners beim Wahlschuldverhältnis im Sinne des § 262 BGB.?

Ein dem Bestimmungsrecht aus § 366 BGB. verwandtes Recht ist das Wahlrecht des Schuldners beim Wahlschuldverhältnisse im Sinne von § 262 BGB.

Sowohl Bestimmungsrecht wie Wahl sind einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte. Der zur Ausübung dieser Rechtsgeschäfte berechtigte Schuldner ist in jedem Fall zu mehreren (bei dem Bestimmungsrecht zu gleichartigen) Leistungen verpflichtet. Hierzu kommt noch, daß der Schuldner in beiden Fällen nach seiner Wahl die Leistung bezeichnen kann, durch die er erfüllen will, doch hat die Leistung beim Bestimmungsrecht eine andere Wirkung als beim Wahlrecht. Denn der Wahlschuldner wird durch seine Leistung von der ganzen Schuld frei, während im anderen Falle der mehrfach Verpflichtete nur einen Teil seiner Verbindlichkeit erfüllt. Das Wahlrecht aus § 262 BGB. ist aber, trotz mancher Übereinstimmung, doch wesentlich von dem Bestimmungsrecht des § 366 BGB. verschieden. Der Grund liegt darin, daß das Wahlrecht sich aus zwei Befugnissen[1]) zusammensetzt, von denen gerade die eine dem Wahlrecht einen ganz besonderen, von dem des Bestimmungsrechts abweichenden Charakter gibt. Die eine Befugnis, die der des Bestimmungsrechts sehr ähnlich ist, besteht

[1]) Vgl. Pringsheim a. a. O., S. 20.

darin, daß der Schuldner sowohl durch die eine wie die andere Leistung nach seinem Belieben seine Verbindlichkeit erfüllen kann. Dies folgt gleich wie bei dem Bestimmungsrecht daraus, daß mehrere Leistungen „in obligatione“ sind. Der Schuldner kann jede der Leistungen als obligationsmäßige anbieten und den die Annahme verweigernden Gläubiger dadurch in Verzug setzen. Allerdings ist eine Ungewißheit, wie sie der § 366, Abs. 2 BGB. berücksichtigt, schlechterdings nicht möglich. Denn der Wahlschuldner kann nicht leisten ohne zu wählen[1]).

Neben dieser Befugnis, nach Wahl zu leisten, enthält aber das Wahlrecht noch eine zweite Befugnis, durch welche es sich hauptsächlich von dem Bestimmungsrecht unterscheidet und die ihm einen ganz eigenartigen Charakter gibt. Es ist dies die in § 263, Abs. 1 BGB. dem Schuldner eingeräumte Berechtigung, durch seine einseitige Erklärung seine Verbindlichkeit für die Zukunft auf ein Glied der Alternative zu reduzieren. M. a. W.: der Schuldner ist befugt, durch seine einseitige Erklärung nachträglich eine Veränderung des Obligationeninhalts herbeizuführen, zu der nach allgemeinen Grundsätzen eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sein würde[2]).

Dieser zweite Bestandteil des Wahlrechts ist nun eine Befugnis, welche wesentlich über die Berechtigung des Bestimmungsrechtes hinausgeht. Das Bestimmungsrecht ist insofern schwächerer Natur als es einmal ein einfaches und kein mit doppelter Befugnis

[1]) Vgl. Pringsheim a. a. O., S. 20.
[2]) Vgl. Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, S. 169.

ausgestattetes Recht wie das Wahlrecht ist. Zum anderen wird durch die Ausübung des Bestimmungsrechtes das zu Grunde liegende Schuldverhältnis seinem Inhalte nach nicht berührt, sondern bleibt unverändert. Es tritt höchstens eine Veränderung insofern ein, als der Schuldner durch seine Leistung seine Schuldverbindlichkeit teilweise tilgt und dadurch den Umfang seiner Verpflichtung ändert. Im Wahlrecht dagegen hat der Schuldner ein Mittel in der Hand, kraft dessen er über den betreffenden Obligationsinhalt nach seinem Belieben frei verfügen und Änderungen vornehmen kann; und diese Verfügungsbefugnis, die sich in der Konzentration auf eine der alternativ geschuldeten Leistungen nach außenhin darstellt, ist das hauptsächlichste Merkmal und Unterscheidungsmoment des Wahlrechts vom Bestimmungsrecht. Von dieser Wahlbefugnis sagt Pringsheim[1]) sehr zutreffend: „Die Befugnis geht über das hinaus, was aus der Natur der Obligation folgt, und sie unterscheidet sich darum grundsätzlich von dem Bestimmungsrecht als einem einfachen Obligationsrechte (dem eine fällige Schuld zu tilgen).“ Berücksichtigt man diesen markanten Unterschied zwischen Wahlrecht und Bestimmungsrecht für den Fall, daß ein Dritter im Sinne des § 267 BGB. bei einer Alternativobligation leistet, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der Dritte wohl nach seiner Wahl die eine oder die andere Leistung bewirken, nicht aber das eigentliche Wahlrecht des § 263 BGB. wirksam ausüben kann. Da bei dem Wahlschuldverhältnis alle Leistungen in obligatione sind, so kann

[1]) a. a. O. S. 21.

naturgemäß der Dritte jede der einzelnen Leistungen bewirken und durch seine Leistung das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen[1]). Durch die Leistung des Dritten tritt aber keineswegs eine Konzentration des ganzen Schuldverhältnisses im Sinne von § 263 Abs. 2 BGB. ein. Bemerkt sei, daß hier nicht an den Fall des § 265 BGB. gedacht ist, wonach, wenn eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder später unmöglich wird, sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt. Das Erlöschen des Schuldverhältnisses liegt vielmehr daran, daß infolge der Natur der Alternativobligation nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken ist. Das aber kann ein Dritter ebensogut wie der Schuldner, jedoch nicht das eigentliche Wahlrecht durch Erklärung wirksam ausüben. Schon die Motive zum Entwurf eines BGB., Bd. 2, S. 6/7 betonen: „Der Dritte, der sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet hat, den Gläubiger desselben zu befriedigen, kann, wenn er den Gläubiger befriedigt, als Stellvertreter des Schuldners die ihm passend erscheinende Leistung wählen, dagegen kann dem Dritten auf Grund jener Verpflichtung allein wohl nicht das Recht beigelegt werden, vor der Befriedigung das Wahlrecht des Schuldners nach § 208, Abs. 1 (jetzt § 263) mit bindender Wirkung insbesondere auch dem Schuldner gegenüber auszuüben." Hier wird also dem Dritten, der sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet hat, den Gläubiger desselben zu befriedigen, das Recht abgesprochen, das eigentliche

[1]) Selbstverständlich hat der Schuldner immer noch das Recht des Widerspruchs aus § 267, Abs. 2 BGB., falls die Wahl des Dritten ihm nicht behagt.

Wahlrecht wirksam auszuüben. Um wievielmehr muß man daher dem Drittzahler des § 267 BGB. diese Befugnis versagen, durch deren Ausübung der Dritte auf ein Schuldverhältnis einwirken und über dasselbe verfügen würde, zu welchem er weder auf der Gläubiger- noch auf der Schuldnerseite in irgendwelcher Beziehung steht.

Wie ist nun im Vergleich hierzu die Frage zu entscheiden, ob dem Bürgen, der sich für eine Alternativobligation verbürgt hat, das Wahlrecht zusteht? Der Wahlschuldbürge übernimmt die Verpflichtung, dafür einzustehen, daß der Hauptschuldner mit der einen oder der anderen Leistung den Gläubiger befriedigen werde. Infolge der Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld muß der Bürge erforderlichen Falls die eine oder die andere Leistung bewirken und hierbei steht ihm auch das Recht zu, nach Wahl zu leisten. Jedoch kann er nicht das eigentliche Wahlrecht ausüben, da die Vornahme desselben eine Verfügung über das Schuldverhältnis darstellen würde, zu welcher der Bürge nicht befugt ist. Denn der, welcher bürgschaftshalber eine Schuld übernimmt, steht eben nicht so selbständig da, wie z. B. ein Schuldübernehmer mit Eigeninteresse. Herr des Schuldverhältnisses ist beim Bürgschaftsverhältnis nur der Hauptschuldner[1]). Immerhin können in dieser Beziehung Zweifel entstehen. Will z. B. der Gläubiger den Bürgen, welcher die Einrede der Vorausklage hat (§ 770 BGB.) in Anspruch nehmen, so ist die Voraus-

[1]) Vgl. Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme in Gruchot, Bd. 28, S. 89.

setzung dieser Inanspruchnahme, daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung beim Hauptschuldner erfolglos versucht hat (§ 771 BGB). Da sämtliche Leistungen geschuldet werden, so kann der Gläubiger auf diese oder jene Leistung klagen, und das Urteil spricht ihm diese oder jene zu. Der Schuldner hat bis jetzt immer noch das Wahlrecht, übt er dasselbe nicht vor Beginn der Zwangsvollstreckung aus, so hat der Gläubiger gemäß § 264 BGB. das Recht, die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung zu richten. Aus diesem Grundsatz ist übereinstimmend mit dem R.-G.[1]) noch nicht zu folgern, daß das Wahlrecht des Schuldners durch die Vollstreckbarkeit des Urteils auf den Gläubiger übergehe. Das eigentliche Wahlrecht des Schuldners hat der Gläubiger nicht, sondern nur „das dessen Befugnis zur Leistung des einen Gegenstandes gegenüberstehende Recht, einen Gegenstand durch Vollstreckung zu erlangen“[2]).

Nach Planck, a. a. O. Bd. 2, § 264, Anm. 2, soll in der Richtung der Zwangsvollstreckung auf die eine Leistung die Wahl dieser Leistung liegen und das Schuldverhältnis sich damit nach § 263 BGB. auf sie konzentrieren. In § 264 BGB. wird zwar von „nach

---

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G., Bd. 27, S. 384.

[2]) Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 22 u. Pescatore a. a. O. S. 224: „Der Gläubiger muß in die Lage versetzt werden, die eine oder die andere Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung zu erwirken, wenn er überhaupt zu etwas kommen soll. Weshalb aber dazu ein durch Erklärung auszuübendes Wahlrecht des Gläubigers erforderlich sein solle, ist nicht abzusehen.“

seiner Wahl“ und „der gewählten Leistung“ des Gläubigers gesprochen. Warum man aber daraus folgern soll, daß das Gesetz meine, das Wahlrecht gehe auf den Gläubiger über, ist meines Erachtens nicht einzusehen, und die Worte „nach seiner Wahl“ und „die gewählte Leistung“ können wohl auf ein Wahlrecht im eigentlichen Sinne (durch Erklärung) nicht bezogen werden.

Diese Ansicht vertritt u. a. Riess in seiner trefflichen Abhandlung „Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners“ in Gruchot, Bd. 48, S. 489 ff. Es wird dort ausgeführt, daß der Gläubiger durch den vollstreckbaren Titel die tatsächliche Möglichkeit und positive Befugnis erhalte, durch Wahl sich eine der ihm wahlweise geschuldeten Leistungen herauszusuchen. Eine Erklärung gegenüber dem anderen Teile gemäß § 263 BGB. sei nicht nur nicht vorgeschrieben, sondern direkt überflüssig und ohne jede rechtliche Bedeutung. Hierbei macht Riess ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die Auffassung, durch den Beginn der Zwangsvollstreckung habe ein Übergang des schuldnerischen Wahlrechts auf den Gläubiger stattgefunden, zur Folge haben würde, daß der Gläubiger vor Beginn der Zwangsvollstreckung eine den Erfordernissen des § 263, Abs. 1 BGB. entsprechende Erklärung herbeiführen müßte. Anderer Meinung ist Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 138. Er betont, daß mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehe und durch die von diesem getroffene Wahl das Schuldverhältnis

sich konzentriere. Die Berechtigung des Schuldners, sich jetzt immer noch durch eine der übrigen Leistungen befreien zu können, sieht Stammler als eine einfache Obligation mit facultas alternativa an[1]). Bezüglich der Frage, ob durch den Beginn der Zwangsvollstreckung ein Übergang des Wahlrechts auf die Gläubigerseite stattfinde oder nicht, möchte ich mich der von Riess a. a. O. und Pringsheim a. a. O. S. 22/23 vertretenen Ansicht anschließen. Letzterer führt aus, wäre das Wahlrecht wirksam auf den Gläubiger übergegangen, dann würde in dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Wahl liegen, das Schuldverhältnis also auf die eine Leistung beschränkt sein[2]). Fiele jetzt die Vollstreckung fruchtlos aus, so könnte der Gläubiger die andere Leistung nicht zur Vollstreckung bringen. Außerdem lasse sich der Übergang des Wahlrechts auf den Gläubiger nicht mit dem Satze des § 265 BGB. vereinigen, daß bei Unmöglichkeit der einen Leistung das Schuldverhältnis sich auf die andere beschränke. Demnach findet m. E. ein Übergang des Wahlrechts auf den Gläubiger nicht statt, das Wahlrecht geht durch Verzug[3]) nicht verloren und wird durch Zwangs-

[1]) Die gleiche Ansicht wie Stammler vertreten u. a.: Franz Leonhard, Die Wahl bei Wahlschulden, S. 4. Matthias, Lehrb. d. BR., Bd. 1, S. 305, Berlin 1899. Endemann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Seite 138, Berlin 1899. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, S. 382, Marburg 1900.

[2]) „Es liegt kein Grund vor, den Gläubiger auf der in dem Richten der Zwangsvollstreckung vermeintlich enthaltenen Wahlerklärung festzunageln". (Vgl. Pescatore a. a. O. S. 226.)

[3]) Vgl. Mot., Bd. II, S. 8.

vollstreckung nicht ausgeübt[1]). Durch die Zwangsvollstreckung ändert sich die Lage des Schuldners nur insofern, als er jetzt durch die Erklärung allein, welche der mehreren Alternativen er wählen wolle, nicht mehr wählen und leisten kann. Vielmehr hat der Schuldner jetzt nur noch die Möglichkeit, durch Wahl der einen Alternative die auf die andere gerichtete Zwangsvollstreckung abzuwenden, vorausgesetzt, daß er der getroffenen Wahl gemäß leistet (vgl. E. d. R.-G., Bd. 27, S. 384 und Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, § 264, Anm. 1). Führt keine der Zwangsvollstreckungen zum Ziele, so kann nunmehr erst der Gläubiger sich an den Bürgen halten, da sonst die Einrede der Vorausklage entgegenstehen würde. Da, wie schon gesagt, das Wahlrecht nicht auf den Gläubiger übergegangen ist, hat der Bürge auch seinerseits das Recht, nach seiner Wahl die eine oder die andere Leistung zu erfüllen. Das eigentliche Wahlrecht aber kann der Bürge gleich wie der Hauptschuldner nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung nicht ausüben[2]).

Das Gleiche gilt für den Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft für eine Wahlschuld. Die selbst-

---

[1]) Vgl. Levy in Gruchot 36, S. 52: „Führt die von dem Gläubiger vorgenommene Zwangsvollstreckung auf eine der Leistungen nicht oder nicht vollständig zum Ziele, so ist derselbe, unbeschadet des fortbestehenden Wahlrechts des Schuldners befugt, die Zwangsvollstreckung auf die andere Leistung zu richten." Auch Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB., Bd. I, S. 253 und Waldemar Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners, S. 62/63, treten nachdrücklich für das Fortbestehen des schuldnerischen Wahlrechts auch nach Beginn der Zwangsvollstreckung ein.

[2]) Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 24.

schuldnerische Bürgschaft unterscheidet sich von der gewöhnlichen Bürgschaft doch nur dadurch, daß dem Bürgen die Einrede der Vorausklage versagt ist (§ 773 BGB.). Sonst hat auch die selbstschuldnerische Bürgschaft den nämlichen Charakter wie die gewöhnliche Bürgschaft, und der selbstschuldnerische Bürge haftet gleichfalls für eine materiell fremde und nur formell eigene Schuld. (Vgl. hierzu noch E. d. R.-G., Bd. 8, S. 264). Im übrigen gelten für die selbstschuldnerische Bürgschaft die gleichen Bestimmungen, namentlich die §§ 767—770 BGB., und der selbstschuldnerische Bürge ist nur insofern schlechter gestellt, als sich der Gläubiger von vornherein an den Bürgen mit seinem Leistungsverlangen wenden kann, ohne daß es zuvor einer erfolglosen Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner bedarf. Macht der Schuldner von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch, so kann auch hier der Bürge die eine oder die andere Leistung bewirken und dadurch seine Bürgschaftsverbindlichkeit tilgen. Aber die Ausübung des Wahlrechts durch Erklärung hat auch in diesem Fall der Bürge nicht.

Daß der Bürge überhaupt nicht das eigentliche Wahlrecht ausüben kann, dafür bietet der § 767 BGB. eine weitere Handhabe. Dieser Paragraph verbietet dem Schuldner die nachträgliche Erweiterung der Bürgschaftsschuld durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger. Demgegenüber muß es auch dem Bürgen benommen sein, seine Bürgschaftsverpflichtung ohne Zustimmung des Gläubigers zu verändern. Dies würde der Bürge aber tun, wenn er durch Ausübung des Wahlrechts eine Konzentration des ganzen Schuldverhältnisses herbeiführen und auf diese Weise „die Übereinstimmung

des Umfanges seiner Haftung mit der des Schuldners vernichten würde[1]).

Ob andererseits in der Ausübung des Wahlrechts durch den Schuldner eine Erweiterung oder Beschränkung der Verbindlichkeit desselben und auf diese Weise der des Bürgen zu sehen ist, ist streitig. Die Lage des Bürgen wird insofern verschlechtert, als er infolge Konzentration des Schuldverhältnisses durch eine andere Leistung nicht mehr erfüllen kann. Auf der anderen Seite wird hingegen die Stellung des Bürgen verbessert, als nach Vornahme der Wahl durch den Schuldner nur eine Leistung geschuldet wird[2]). Dieser Vorteil wiegt m. E. den zuerst angeführten Nachteil auf, und schon deshalb ist in der Ausübung der Wahl keine nachträgliche Erweiterung der Bürgenverpflichtung im Sinne des § 767 BGB. zu sehen. Auch Planck a. a. O., Bd. II, § 767, Anm. 3 bezieht den § 767 nicht auf ein dem Schuldner zustehendes Wahlrecht[3]). Denn die Bestimmung des § 767 BGB. soll den Bürgen doch davor schützen, daß der Hauptschuldner willkürlich den Bestand der Obligation nach Übernahme der Bürgschaftsverpflichtung zum Nachteil des Bürgen erweitert. Das Wahlrecht ist aber schon bei Eingehung des Alternativschuldverhältnisses in diesem selbst begründet und wird nicht nachträglich durch Rechtsgeschäft geschaffen, sondern nur nachträglich durch Erklärung ausgeübt. Wollte man wirklich die Ausübung des Wahlrechts

[1]) Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 24.

[2]) Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 24.

[3]) Ebenso Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, § 286, S. 347.

auf § 767, Satz 3 BGB. beziehen, so würde es, wie Westerkamp, a. a. O. S. 379, sehr richtig darlegt, dahin kommen, daß eine Verbürgung bei Wahlschulden überhaupt nicht möglich wäre.

Der Bürge kann also das eigentliche Wahlrecht in irgendwie rechtsverbindlicher Weise wie das oben behandelte Bestimmungsrecht nicht ausüben, da er dadurch über die Hauptverbindlichkeit verfügen würde, wozu er nicht befugt ist. Infolge der Natur der Bürgschaft, die als akzessorisches Recht immer eine Hauptschuld zur Voraussetzung hat und die ihre ganze Lebensfähigkeit aus dieser schöpft, ist der Bürge in ständiger Abhängigkeit vom Hauptschuldner und nicht so selbständig wie dieser. Der Schuldner kann in jeder Weise über das Schuldverhältnis verfügen, nur Rechtsgeschäfte, welche der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt, sind nach § 767 BGB. dem Bürgen gegenüber nicht verbindlich. Der Bürge hingegen ist in seinem Tun und Lassen abhängig von der Hauptschuld, für seine Verpflichtung ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. (§ 767 BGB). Wäre der Bürge nicht so abhängig, so müsste unter dem Zwange der Akzessorietät des Bürgen Tun auch auf den Schuldner überwirken, wenn es anders für den Bürgen selbst wirken sollte, und damit wäre der Schuldner in vielen Fällen der Willkür des Gläubigers preisgegeben[1]). Selbst wenn der Bürge in der Weise über die Hauptschuld verfügt, daß er den Gläubiger befriedigt und zahlt, so wird durch diese Zahlung die Hauptverbind-

[1]) Vgl. Westerkamp a. a. O. S. 383.

lichkeit in keiner Weise betroffen, sondern nur die Verbindlichkeit des Bürgen, die Bürgschaftsschuld, die getilgt wird. Nach außenhin bewirkt die Zahlung, wie schon oben gesagt, nur einen Gläubigerwechsel. (Vgl. Anm. 3 S. 14.) Greift also diese Zahlungsverfügung nicht in die Rechte des Schuldners ein, wozu doch der Bürge ein gewisses Recht und noch mehr die Pflicht hat, so darf dies eine andere Verfügung um so weniger. Beständen aber beide Wahlrechte (des Bürgen und des Schuldners) nebeneinander, so wären Verwicklungen, wie sie das OLG. in der schon angeführten Entscheidung (Rechtsprechung Bd. 16 S. 373/74) bei dem Bestimmungsrecht m. E. zu Unrecht voraussieht, hier zu befürchten. Die einzige Art, durch welche der Bürge überhaupt mit Beziehung auf die Hauptschuld verfügen darf, ist: durch Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit. Hierdurch wird aber, wie schon gesagt, die Hauptverpflichtung nicht berührt.

Das eigentliche Wahlrecht des Schuldners hat demnach der Bürge nicht. Es ist ihm weder vom Gesetz noch aus sonstigen Gründen gegeben, da es einen „integrierenden Bestandteil des Schuldverhältnisses“ bildet[1]) und die Ausübung des Rechts eine Verfügung über den Inhalt der Obligation selbst darstellt, was bei dem einfachen Bestimmungsrecht des § 366 BGB. nicht der Fall ist.

Auch die Literatur hat sich von jeher auf den Standpunkt gestellt, daß der Bürge Verfügungen über den Inhalt der Hauptobligation, die von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl-

[1]) Vgl. Planck a. a. O., § 262, Note 2, S. 47.

recht aus § 262 BGB, Rücktritt, Aufrechnung usw. selbst nicht treffen darf[1]). Denn würde man dem Bürgen diese Verfügung zugestehen, so würde der Bürge z. B. dem Gesamtschuldner oder dem privativen Schuldübernehmer (§ 414 BGB.) an die Seite zu stellen sein, was aber nicht der Fall ist. Denn sowohl Gesamtschuldner wie Schuldübernehmer schulden eine formell und materiell eigene Schuld und sind insofern Herr des Schuldverhältnisses, während doch gerade der Bürge trotz formell eigener Verbindlichkeit für eine materiell ihm vollständig fremde Schuld einzustehen hat, über welche er nicht wie der Hauptschuldner, Gesamtschuldner oder Schuldübernehmer frei verfügen kann. Bezüglich des Wahlrechts bei einem Gesamtalternativschuldverhältnis ist es allerdings streitig, ob die Wahl eines Gesamtschuldners auch verbindlich für die anderen ist (so Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, § 262, Anm. 3 d), oder ob allen Gesamtschuldnern nur ein gemeinschaftliches Wahlrecht zusteht (so Planck, a. a. O. § 263, Anm. 4, S. 49). M. E. ist Schollmeyer beizupflichten, und zwar aus dem von ihm angeführten Grunde, weil die Ausübung eines gemeinschaftlichen Wahlrechts der Eigenart des passiven Gesamtschuldverhältnisses widerspreche, nach der jeder Schuldner dem Gläubiger selbständig gegenüberstehe. Anders verhält es sich bei der Schuldübernahme des § 414 BGB. Bei dieser tritt der Schuld-

[1]) Vgl. hierzu: Matthias, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Bd. I, § 131 E. Lichtlen, Die Bürgschaft, in Zeitschrift für deutsches bürgerl. Recht und französisches Zivilrecht. Bd. 31, S. 158/159. Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, Bd. I, § 178, S. 613. Staudinger a. a. O., Bd. II, § 770, Anm. 3.

übernehmer vollständig an die Stelle des Urschuldners, ihm stehen daher alle Rechte desselben in gleicher Weise zu.

§ 4.

Schluß.

Wie oben ausgeführt, war für die Beantwortung der Frage, ob dem Bürgen Bestimmungsrecht und Wahlrecht zustehen, einmal ausschlaggebend, welche Natur diesen Rechten innewohnt und welches die Wirkung ihrer Ausübung ist, zum anderen Mal kam die Person des Bürgen in Betracht und es war zu erwägen, wie seine Stellung innerhalb des Bürgschaftsverhältnisses zu beurteilen war. Bezüglich dieser Stellung des Bürgen soll hier einer Auffassung Westerkamps (a. a. O. S. 382) entgegengetreten werden, die m. E. nicht zu billigen ist. Er behauptet nämlich, daß, so lange die Voraussetzungen des Leistenmüssens des Bürgen nicht eingetreten seien, so lange seine Pflicht nur das Einstehen umfasse, der Bürge zur Erfüllung wie jeder Dritte stehe. Die gleiche Ansicht ist noch bei Sievers (a. a. O. S. 251) vertreten zu finden.

M. E. ist es überhaupt unrichtig, für die Beurteilung der Verbindlichkeit des Bürgen einen Unterschied der Zeit nach zu machen und die Haftung des Bürgen vor Inanspruchnahme durch den Gläubiger anders zu beurteilen als diejenige nach der Inanspruchnahme. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes besteht die Haftung des Bürgen im „Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines anderen“ (des Hauptschuldners). In diesem Einstehen liegt zugleich die

Verpflichtung des Bürgen enthalten, seinerseits im gegebenen Falle wirklich zu leisten, nämlich dann, wenn der Hauptschuldner nicht leiste. Das Einstehen des Bürgen wird eben, wie schon oben gesagt, nur dadurch verwirklicht, daß der Bürge beim Versagen des Hauptschuldners leistet oder in den meisten Fällen zahlt. Doch bleibt seine Haftung, der Umfang seiner Verbindlichkeit, immer dieselbe, mögen die Voraussetzungen des Leistenmüssens eingetreten sein oder nicht. Das ändert die Stellung des Bürgen innerhalb des Bürgschaftsverhältnisses nicht. Freilich kann auch der Bürge als Dritter im Sinne von § 267 BGB. den Gläubiger befriedigen. Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann dies der Bürge zu jeder Zeit. Aber es kann mit Recht nicht gesagt werden, bevor der Gläubiger mit seinem Leistungsverlangen an den Bürgen herantrete, habe dieser die gleiche Stellung wie jeder Drittzahler. Der Dritte steht dem Schuldverhältnis vollständig fremd gegenüber, der Bürge steht aber innerhalb der zu tilgenden Obligation, und zwar so lange, als der Bürgschaftsvertrag zu Recht besteht. Auf die Beurteilung seiner Stellung innerhalb des Bürgschaftsverhältnisses hat die Tatsache, daß der Gläubiger ihn bereits in Anspruch genommen habe oder erst nehmen werde, absolut keinen Einfluß. Die Verpflichtung des Bürgen besteht von Anfang bis zu Ende seiner Verbindlichkeit im Einstehen für die Erfüllung einer fremden Schuld. Er steht also die ganze Zeit der Bürgschaftsdauer hindurch in Beziehung zu einer fremden Obligation, während der Dritte überhaupt gar keine Berührung mit der zu tilgenden Verbindlichkeit

hat. Gesetzt den Fall, der Bürge stünde wirklich vor Inanspruchnahme durch den Gläubiger zur Erfüllung wie jeder Dritte, so würden, falls der Bürge zu dieser Zeit den Gläubiger befriedigte, die Folgen des § 774 BGB. nicht eintreten. Denn der Dritte, der aus eigenem Antriebe eine Leistung bewirkt, hat kein Recht auf Abtretung der Ansprüche des Gläubigers, es tritt keine gesetzliche Zession ein[1]). Das ist aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, der im § 774 BGB. dem Bürgen auf dem Wege der gesetzlichen Zession den Erwerb der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zuspricht. § 774 sagt lediglich: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über." Hieraus geht nicht hervor, ob damit nur gemeint ist, dies trete erst ein, wenn der Bürge auf eine Aufforderung des Gläubigers hin leiste. Der Wortlaut des Gesetzes gibt auch der Erklärung Raum, daß gemeint sei, die gesetzliche Zession trete in jedem Falle ein, sobald der Bürge den Gläubiger befriedige. In den Vorarbeiten zum BGB. findet sich eine Stelle, die die hier vertretene Ansicht, daß dem Bürgen zu jeder Zeit das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, gegeben sei, unterstützt. In den Motiven, Bd. 2, S. 679 wird bei § 679 ausgeführt, daß sich der Bürge im Falle der Passivität des sich auf die Bürgschaft verlassenden Gläubigers gegen den in eine bedenkliche Lage geratenen Hauptschuldner dadurch helfen könne, daß er den Gläubiger befriedige und damit dessen Rechte

[1]) Vgl. Fischer-Henle a. a. O., § 267, Anm. 5.

gegen den Hauptschuldner erwerbe. Hieraus ist m. E. weiter zu schließen, daß der Bürge jederzeit, nicht nur bei Untätigkeit des Gläubigers, berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, um auf diese Weise gemäß § 774 BGB. die Forderung gegen den Hauptschuldner zu erwerben. Es würde ja geradezu dem Zweck der Bürgschaft, Sicherung des Gläubigers, widersprechen, wollte man dem Bürgen nur dann das Recht einräumen, den Gläubiger zu befriedigen, wenn dieser mit seinem Leistungsverlangen an den Bürgen herangetreten ist. Eine besondere Bestimmung aber, daß der Gläubiger sich die Zahlung oder Leistung des Bürgen gefallen lassen müsse, wäre geradezu unbegreiflich, wenn nicht widersinnig[1]).

[1]) Vgl. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, S. 15.

Lebenslauf.

Ich, Erich, Adolf, Hermann, Georg Tieling, bin am 30. Januar 1882 in Breslau als Sohn des verstorbenen Kgl. Eisenbahn-Sekretärs Georg Tieling und seiner Ehefrau Magdalene, geb. Schoenfeld, geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das städtische Johannes-Gymnasium in Breslau und das Kgl. Gymnasium in Wohlau. Letzteres verließ ich Oktober 1903 mit dem Zeugnis der Reife.

Oktober 1903 bezog ich die Universität Breslau zum Studium der Rechtswissenschaften. Im Juli 1908 bestand ich vor der Königl. Prüfungs-Kommission in Breslau das Referendar-Examen und am 30. Juni 1911 vor der Juristischen Fakultät der Universität Breslau das Examen rigorosum.

Meiner Militärpflicht genügte ich von Oktober 1908 bis Oktober 1909 bei dem Infanterie-Regiment Nr. 51 in Breslau. Meine Ausbildung im Justizdienst habe ich bisher in Steinau a. O. und in Breslau erhalten. Z. Zt. bin ich der Königlichen Staatsanwaltschaft in Breslau überwiesen.